

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA  
ANA FRAZÃO  
*Coordenadores*



*Prefácio*  
Luís Roberto Barroso

# COMPLIANCE

## Perspectivas e desafios dos programas de conformidade

Belo Horizonte

 **FÓRUM**

2018

# FUNÇÕES E FINALIDADES DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

## 1 Introdução

Discutem-se no presente artigo o conceito e o alcance dos programas de *compliance*, suas funções, seus perigos e desafios, bem como suas finalidades, aqui entendidas como suas aplicações práticas às diversas áreas de risco enfrentadas pelas empresas, com destaque – diante da impossibilidade de abarcar todas as áreas – para algumas das peculiaridades dos programas de *compliance* criminal, antitruste e de proteção de dados pessoais.

O enfoque é jurídico. Sem a pretensão, em espaço tão exíguo, de exaurir o tema proposto, busca-se mapear as principais características dos programas de *compliance* e suas implicações jurídicas, sem descrever métodos ou sistemas de gestão de risco de um ponto de vista gerencial. Não serão analisadas, por exemplo, normas técnicas, como a ISO 19600:2014. Sempre que possível, procura-se trazer exemplos do direito comparado, pretendendo-se, ainda, contrapor à descrição das funções e finalidades de tais programas uma abordagem crítica que problematiza algumas das premissas de que se vale o nascente direito de *compliance*.

## 2 Conceito e alcance dos programas de *compliance*

Os programas de *compliance*, também chamados de programas de conformidade, de cumprimento ou de integridade, são instrumentos de governança corporativa tendentes a garantir que as políticas públicas sejam implantadas com maior eficiência. Compõem-se de rotinas e

práticas concebidas para prevenir riscos de responsabilidade empresarial decorrentes do descumprimento de obrigações legais ou regulatórias. Em complementação às políticas sancionatórias tradicionais, que se fundam na imputação de uma pena correspondente ao ilícito praticado, os programas de *compliance* voltam-se para a mudança de comportamento, por meio de padrões de conduta a serem observados e monitorados pelas empresas, administradores e funcionários, a fim de evitar o cometimento de ilícito.

De modo mais geral, pode-se entender o *compliance* não apenas como a observância de comandos legais e regulatórios, mas também como o cumprimento de outras exigências, tais como normas éticas, padrões de conduta fixados no seio das organizações e expectativas dos *stakeholders*. Embora obviamente sempre tenha existido preocupação com o exato cumprimento das normas, os riscos crescentes da atividade econômica, a complexidade da regulação e os recentes episódios de crises sistêmicas, bem como de violações repetidas da lei e/ou de padrões regulatórios, têm levado a um aprimoramento das normas e a uma redução da tolerância quanto a mecanismos deficientes de controle e de atribuição de responsabilidade da administração das empresas. Em consequência, têm se desenvolvido reações normativas, inicialmente nos EUA, depois na Europa e mais recentemente também no Brasil, que correspondem a uma alteração nas expectativas das autoridades reguladoras, dos credores, dos prejudicados, das associações de acionistas e das seguradoras, causada em grande medida pela ampla difusão de informações proporcionada pela internet.<sup>1</sup>

Tão grande tem sido seu desenvolvimento que já se fala em um direito de *compliance*, entendido como uma extensão do direito regulatório, com um impacto profundo sobre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*. O direito da regulação, definido como a gestão eficaz de falhas dos mercados, é menor em seu escopo que o direito público tradicional, mas tem se tornado mais importante com a crescente complexidade da atividade econômica e com a globalização. O direito de *compliance*, por seu turno, consiste em internalizar o direito da regulação nas empresas, sobretudo naquelas que estejam em posição de torná-lo mundialmente efetivo. O regulador converte-se em um espectador dos esforços das empresas. Seu papel evolui: ele não mais faz, assiste fazer, controla o que é feito e recebe provas do que foi

<sup>1</sup> INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta; POPPE, Sina (Org.). *Compliance: Aufbau, Management, Risikobereiche*. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller (e-book), 2017, capítulo 1, parágrafos 1, 19 e 20.

feito, do que está sendo feito, do que será feito, permanentemente. O direito de *compliance* permite às autoridades, sobretudo as financeiras com poderes sancionatórios extraterritoriais, que tenham funções preventivas e estruturais, ter uma visão do interior das empresas que exerçam atividade internacional e que possuam contato com pessoas, territórios, ou objetos relacionados com objetivos predeterminados.<sup>2</sup>

Os programas de cumprimento de normas caracterizam-se como modalidade de autorregulação da atividade empresarial, estimulada pelo Estado, cuja capacidade de regular efetiva e tempestivamente a atividade econômica tem se reduzido, em vista da crescente complexidade social, do incessante desenvolvimento tecnológico e da globalização. A chamada autorregulação regulada ou correção consiste numa modalidade de regulação que incorpora o ente privado, subordinando-o a fins concretos ou a interesses predeterminados pelo Estado, tal como se dá na disciplina dos programas de *compliance*.<sup>3</sup>

Critica-se a aplicação do conceito de autorregulação regulada aos programas de *compliance* como uma contradição, na medida em que o Estado passaria a vincular-se à iniciativa das empresas, pervertendo-se a finalidade dos programas de cumprimento, que seria a de evitar a prática de ilícitos, e não de obter isenção de responsabilidade ou atenuação de sanções. Os programas de *compliance*, segundo esse argumento, podem tornar-se estratégias de evasão da responsabilidade.<sup>4</sup>

Os programas de *compliance* são criticados também sob a perspectiva de que constituiriam uma ilegítima privatização da função de prevenção de irregularidades. Um primeiro problema decorrente dessa privatização seria a seletividade que se confere às empresas quanto aos fatos que serão comunicados às autoridades, tendo em vista que, por mais independente que seja o setor encarregado de *compliance*, os funcionários que dele fazem parte mantêm sua subordinação a seu empregador. Em segundo lugar, não estaria demonstrada a razão pela qual a autorregulação seria mais apta do que a heterorregulação

<sup>2</sup> FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Du droit de la régulation au droit de compliance. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Org.), *Régulation, supervision, compliance*. Paris: Dalloz, 2017, p. 1-14.

<sup>3</sup> COCA VILA, Ivó. Programas de cumplimiento como forma de autorregulação regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 45.

<sup>4</sup> SOUSA MENDES, Paulo. *Law enforcement & compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Org.). *Estudos sobre law enforcement, compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018, p. 11-20.

a produzir melhores resultados quanto ao déficit de observância das normas.<sup>5</sup>

De todo modo, há uma relação de complementaridade entre a imposição de políticas públicas e a autorregulação. Daí a discussão acerca de ser ou não necessário estabelecer a obrigatoriedade de programas de *compliance* e de saber se a conduta omissiva de deixar de implementá-los deve ser punida como infração administrativa ou como delito. A Alemanha adotou o primeiro modelo ao prever, no artigo 130 da Lei das Infrações Administrativas (*Ordnungswidrigkeitsgesetz*), que tal omissão deve ser punida com multa de até um milhão de euros.<sup>6</sup> O segundo modelo, que se cogitou implantar na Espanha, implica tratar como delito penal a conduta omissiva consistente em não evitar a prática de determinada infração (administrativa ou penal). O projeto que continha essa orientação acabou por não ser aprovado, pois conduziria ao excesso e à desproporção de punir com sanção criminal aquele que deixasse de evitar a prática de ilícito meramente administrativo.<sup>7</sup>

Na Alemanha, desde 2011, há norma técnica do instituto de auditores, que define princípios para uma auditoria adequada dos sistemas de *compliance* (IDW PS 980), com a finalidade de ensejar reação tempestiva dos responsáveis pelo programa de cumprimento, evitando, com isso, a prática de infrações, inclusive a sua própria omissão, punível administrativamente com multa de valor máximo elevado. Essas auditorias, uma manifestação do fenômeno de vigilância do vigilante, contrapõem-se à tendência de adotar o modelo de imputação para cima, que acaba por levar sempre à responsabilização do mais alto administrador ou do titular da empresa. Os melhores resultados são

<sup>5</sup> BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Org.). *Estudos sobre law enforcement, compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018, p. 21-55.

<sup>6</sup> “(1) Quem, como titular de uma empresa ou negócio, de maneira dolosa ou imprudente, deixar de adotar medidas de vigilância para evitar no negócio ou empresa infrações contra deveres que obrigam ao proprietário e cuja infração se sanciona penal ou administrativamente, será sancionado administrativamente quando se houver cometido esta infração e esta se pudesse haver evitado ou dificultado essencialmente através de uma supervisão adequada. Entre as medidas de supervisão necessárias encontram-se também a seleção, nomeação e supervisão dos supervisores; (2) as empresas públicas são também consideradas negócios; (3) a sanção administrativa pode chegar a um milhão de euros quando a violação da obrigação seja sancionada penalmente. Quando a infração for sancionada com multa administrativa, a multa pode ser igual à multa que se impõe pela infração da obrigação. Isto também vale para a hipótese na qual a infração seja sancionada ao mesmo tempo penal e administrativamente, se a multa administrativa supera um milhão de euros”.

<sup>7</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 15.

atingidos com a padronização de rotinas e comportamentos, que passam a ser verificáveis por um terceiro e desse modo tornam possível cogitar a respeito de uma responsabilidade por infração de deveres, não mais orientada para a proteção de bens jurídicos, mas para a proteção da vigência da norma.<sup>8</sup> Para tal padronização, as diversas normas técnicas já existentes e as ainda por desenvolver, como a ISO 19600:2014, talvez possam contribuir decisivamente, mas essa discussão, como já alertado, refoge ao escopo deste artigo.

No Brasil, o debate acerca dos efeitos jurídicos dos programas de conformidade ainda é incipiente, mas já há previsões expressas acerca da forma e dos efeitos dos programas de integridade na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), no decreto que a regulamenta (Decreto nº 8.420/2015) e na lei que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias (Lei nº 13.303/2016).

### 3 Funções dos programas de *compliance*

As funções dos programas de *compliance* compreendem a proteção da empresa, dos administradores e empregados, a orientação e a informação dos empregados, a garantia de qualidade, o fomento à inovação e o monitoramento.<sup>9</sup>

A função protetiva corresponde ao objetivo primordial dos programas de conformidade, ou seja, evitar infrações de regras por meio de medidas organizacionais preventivas. Procura-se proteger a empresa, os administradores e os empregados de sanções civis, administrativas e penais. Com isso, a empresa tende a evitar não apenas ônus financeiros ou limitações às suas atividades, mas também danos à sua reputação.

A função de orientar e informar a administração e os empregados surge com a criação de um setor de *compliance*, sanando dúvidas ou suspeitas. O treinamento e a informação dos empregados é tarefa do setor de *compliance*, pois só assim a consciência de situações de risco pode contribuir efetivamente para minimizar os riscos. O grande desafio aqui, como será visto, é redefinir a cultura empresarial, de modo a

<sup>8</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 145.

<sup>9</sup> Para as funções dos programas de *compliance*, v. INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta; POPPE, Sina (Org.), *Compliance: Aufbau, Management, Risikobereiche*. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller (e-book), 2017, capítulo 1, parágrafos 65-70.

interiorizar o imperativo de cumprimento das normas e a internalizar o custo de não conformidade.

As funções de garantia de qualidade e fomento à inovação remetem ao papel dialógico dos programas de *compliance*, que se aperfeiçoam através da informação obtida dos clientes quanto à qualidade e eficiência dos produtos e serviços oferecidos pela empresa.

A função de monitoramento é ínsita aos programas de *compliance*, que não se resumem à adoção de um código de conduta, mas implicam treinamento e supervisão contínuos. É que eles não se bastam a si mesmos, sendo fundamental “um acompanhamento desses programas depois da sua aprovação e comunicação aos trabalhadores e colaboradores da empresa, designadamente através de monitorização, atualização sempre que necessário e também experimentação e testes (de adequação, de consistência, de robustez do programa, etc.)”. Vale observar que, nos setores regulados, é maior o grau de abrangência e de detalhe dos programas de *compliance*, “pois a teia legal e regulamentar nesses setores é sempre mais ampla, e também mais densa e minuciosa do que nos restantes setores de atividade, para além de ser mais propensa à evolução e revisão do respectivo quadro normativo”. Em consequência, o monitoramento é disciplinado de forma mais minudente do que em outros setores da atividade econômica, sobretudo quando se leva em consideração que as autoridades reguladoras subvertem o modelo da separação de poderes, pois reúnem poderes normativos, executivos e sancionatórios, o que torna indistinta e de certo modo confusa a contraposição entre direito administrativo e direito penal.<sup>10</sup>

### 3.1 A função protetiva

Os programas de *compliance* são hoje reconhecidos como elementos fundamentais da organização empresarial, não apenas como instrumentos de governança corporativa, que se prestam à administração dos diversos fatores de risco, mas também como instrumento de proteção da empresa, dos administradores e dos empregados.

Na seara penal, há vários exemplos no direito comparado. A existência de um programa de *compliance* robusto pode ser considerada uma atenuante e levar à redução da pena, de acordo com as *Federal Sentencing Guidelines*, nos Estados Unidos.<sup>11</sup> Em Portugal, o art. 11, 6,

<sup>10</sup> SOUSA MENDES, Paulo. *Law enforcement & compliance*, cit.

<sup>11</sup> Cf. <[www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8](http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8)>. V. especialmente os comentários à Seção §8B2.1. Effective Compliance and Ethics Program: “Background:

do Código Penal prevê que “a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas é excluída quando a agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito”. Para a determinação concreta da pena, deve ser levado em consideração “o grau de violação dos deveres impostos ao agente”, nos termos do art. 71, 2, a, do Código Penal. Na Alemanha, o *Bundesgerichtshof*, em decisão de maio de 2017 (BGH 1 StR 265/16), concluiu que a existência de programa de *compliance* pode acarretar a redução da multa aplicável à pessoa jurídica, desde que o programa seja efetivo e adequado à prevenção do ilícito e a administração da empresa tenha reagido prontamente no sentido de corrigir as deficiências do sistema de *compliance* para prevenir infrações semelhantes no futuro.

No âmbito administrativo, sustenta-se que as autoridades reguladoras devem adotar posição de neutralidade frente aos programas de *compliance*, pois estes são uma forma de autorregulação, consistindo em iniciativa própria das empresas. Em consequência, a simples existência de um programa de *compliance* não deve ter impacto automático na determinação da responsabilidade da pessoa jurídica ou no montante das sanções aplicáveis. Na prática, contudo, os programas de *compliance* acabam por ter impacto significativo na avaliação da responsabilidade da empresa e de seus administradores, bem como na determinação das sanções aplicáveis, ainda que o ônus de provar a existência e a efetividade de um programa de cumprimento seja do investigado, o que, como se observa, não constitui inversão do ônus da prova, já que o que se deve provar não integra os elementos típicos, nem constitui excludente de responsabilidade.<sup>12</sup>

Com a adoção de um programa de conformidade, a responsabilidade dos membros da administração das empresas deixa de se limitar apenas ao dever de prevenir infrações, mas passa também a compreender o dever de evitar que seus subordinados cometam infrações. Violações de

---

This section sets forth the requirements for an effective compliance and ethics program. This section responds to section 805(a)(5) of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, Public Law 107-204, which directed the Commission to review and amend, as appropriate, the guidelines and related policy statements to ensure that the guidelines that apply to organizations in this chapter ‘are sufficient to deter and punish organizational criminal misconduct’. The requirements set forth in this guideline are intended to achieve reasonable prevention and detection of criminal conduct for which the organization would be vicariously liable. The prior diligence of an organization in seeking to prevent and detect criminal conduct has a direct bearing on the appropriate penalties and probation terms for the organization if it is convicted and sentenced for a criminal offense”.

<sup>12</sup> V. SOUSA MENDES, Paulo. *Law enforcement & compliance*, cit.



dever de supervisão dos empregados podem levar à responsabilização da empresa e de seus administradores, como se viu.

Os riscos de responsabilização da empresa e de seus administradores são múltiplos e envolvem não só os ilícitos relacionados com as normas anticorrupção, estendendo-se também ao direito antitruste, ao direito de marcas e patentes, ao direito da concorrência desleal, ao direito do trabalho, ao direito tributário, à proteção de dados pessoais, ao direito ambiental e ao direito penal, entre outros. Esses riscos naturalmente aumentam de acordo com a abrangência setorial e territorial das atividades da empresa. As instituições financeiras e as empresas listadas em bolsa são particularmente sensíveis a esses riscos.

Na Alemanha, a adoção da *business judgement rule* pela lei societária (§93 Abs. 1 AktG) aumentou as exigências quanto ao dever de cuidado dos órgãos de administração da empresa, o que também se aplica ao administrador das sociedades de responsabilidade limitada. Para afastar sua responsabilidade, os administradores devem comprovar que as decisões foram tomadas com base em ampla e suficiente informação e exclusivamente no interesse e para o bem da sociedade mercantil. Isso deve ser acompanhado da demonstração da existência de adequado e efetivo sistema de controle.

No mesmo país, os programas de *compliance* passaram a ser legalmente impostos na atividade de negociação de títulos e valores mobiliários (§33 WpHG). Em seguida, tornaram-se exigíveis no direito antitruste em razão de decisões judiciais e da prática da autoridade da concorrência (*Bundeskartellamt*), com lastro no §130 da Lei das infrações administrativas (OwiG), que se refere a “medidas necessárias de supervisão”.

Ademais, o dever de criar um sistema de supervisão no âmbito societário foi introduzido no ordenamento alemão em 1998 com a Lei de Transparência e Controle Empresarial (KonTraG), que acresceu à lei societária dispositivo que impõe ao Conselho de Administração a adoção de medidas adequadas, em especial de um sistema de alarme precoce, de modo que tendências que põem em risco a continuidade da empresa possam ser cedo detectadas (§91 Abs. 2 AktG). Ainda que o dispositivo seja vago e não indique precisamente quais medidas devam ser implementadas, sua interpretação sistemática tem levado à conclusão de que o dever de supervisão, ainda que possa ser delegado, é de competência de todo o Conselho, e não apenas de um único membro designado para tal fim. Para as empresas listadas em bolsa, aplica-se ainda a prescrição do Código Comercial (§317 HGB) de que,

na auditoria, seja verificado se o Conselho de Administração adotou as medidas adequadas de prevenção de risco.<sup>13</sup>

#### 4 Perigos e desafios dos programas de *compliance*

A despeito de suas óbvias vantagens, os programas de *compliance* também podem representar perigos para a empresa, seja porque fundados em premissas falsas, seja porque mal executados. Assim, pode ocorrer o agravamento das sanções quando os programas tenham sido mal concebidos ou mal implementados. Um programa de fachada, que não preencha os requisitos mínimos ou que os preencha apenas formalmente, pode de fato resultar em penalidades maiores do que aquelas que seriam aplicáveis em sua ausência.<sup>14</sup>

Em segundo lugar, o programa de *compliance* pode mascarar a indevida transferência de responsabilidade dos administradores da empresa para o *compliance officer*. Frequentemente se diz que o *compliance officer* ocupa posição de garante que o obriga a evitar que os empregados cometam ilícitos relacionados com a atividade empresarial. Tal posição de garante, contudo, corresponde a um dever derivado, não originário. O dever de conhecimento dos órgãos da administração da empresa é originário, sendo complementado pelo dever derivado do responsável pelo cumprimento de apresentar relatórios. Do mesmo modo, o dever originário de fiscalização dos órgãos de administração é complementado pelo dever de vigilância (derivado) do responsável pelo cumprimento.<sup>15</sup>

Finalmente, há também o perigo de que os programas de *compliance* estimulem inspeções e auditorias internas excessivamente agressivas, em desrespeito a direitos fundamentais dos empregados, como a violação de sua privacidade ou a realização de interrogatórios que obriguem à autoincriminação.<sup>16</sup>

O simples fato de o trabalhador encontrar-se em relação de subordinação decorrente da relação emprego não o priva de seus direitos fundamentais, dentre eles o direito à intimidade. Os direitos

<sup>13</sup> INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta; POPPE, Sina (Org.), *Compliance: Aufbau, Management, Risikobereiche*. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller (e-book), 2017, capítulo 1, parágrafos 22 a 51.

<sup>14</sup> V. SOUSA MENDES, Paulo. *Law enforcement & compliance*, cit.

<sup>15</sup> V. ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento ('compliance officer') ante el Derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 319-331.

<sup>16</sup> SOUSA MENDES, Paulo. *Law enforcement & compliance*, cit.

fundamentais, contudo, não são absolutos e devem ser sopesados, na hipótese, com o direito-dever do empresário de controlar a atividade de sua empresa. Tal ponderação, consoante a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, deve partir da prevalência dos direitos fundamentais diante do direito-dever de controle do empresário, o que significa que as restrições aos direitos fundamentais deverão superar o juízo de proporcionalidade efetuado. Se as medidas de controle superarem esse limiar, poderão ser validamente adotadas. Até mesmo o monitoramento oculto ou sub-reptício é admissível, se necessário e proporcional ao dano que se pretende evitar, embora haja uma corrente jurisprudencial que sustenta que os registros das comunicações efetuadas por meio de computador ou celular somente são legítimos se houver adequada informação acerca das regras de uso desses meios e da possibilidade de monitoramento, bem como se houverem sido esgotadas as alternativas de controle menos gravosas.<sup>17</sup>

O principal desafio que se apresenta às empresas é a redefinição da cultura empresarial. A primeira condição de eficácia de um programa de *compliance* é a criação de uma cultura de cumprimento, ou seja, a interiorização pela administração e pelos empregados da empresa do imperativo de atuar em conformidade com o Direito. Atingir essa meta é difícil, pois as empresas visam lucro e agem “segundo o binômio benefício/perda, não se orientando binômio justo/injusto”, sendo o Direito, para elas, “fator de perturbação”.<sup>18</sup>

Não se pode descuidar, tampouco, dos vieses cognitivos a que estão sujeitos os indivíduos e os grupos. Como postulado nos estudos de *Behavioral Law and Economics*, o comportamento e as decisões dos indivíduos, longe de se pautarem por uma racionalidade perfeita, são condicionados por uma “racionalidade limitada” (*bounded rationality*), impregnada de limitações cognitivas, como erros de percepção, erros de análise e juízos enviesados. Outra condicionante é a chamada “força de vontade limitada” (*bounded willpower*), ou seja, um autocontrole limitado, que leva os indivíduos a tomarem decisões que lhes podem ser prejudiciais no longo prazo, apesar de conscientes disso, em razão de

<sup>17</sup> ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derecho s de los trabajadores y deberes del empresario. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 225-226.

<sup>18</sup> QUINTELA DE BRITO, Teresa. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*. In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Org.). *Estudos sobre law enforcement, compliance e Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2018, p. 57-100.

sobrevalorizarem os benefícios de curto prazo. Por fim, há o problema do “autointeresse limitado” (*bounded self-interest*), que pode conduzir os indivíduos a agir altruisticamente, mas, em contrapartida, pode ensejar reações rancorosas ou desproporcionais quando percebem não estar recebendo tratamento equitativo ou correspondente ao que dispensaram ao outro.

Do ponto de vista da dinâmica de grupo, apontam-se três principais vieses cognitivos. O primeiro é o viés de conformidade (*conformity bias*), isto é, a tendência de mostrar-se conforme a opinião da maioria ou do grupo de referência, mesmo contrariamente às suas convicções pessoais. Além disso, verifica-se nos grupos o efeito de “obediência à autoridade” (*obedience to authority*), que pode levar o indivíduo a crer que sua conduta é correta porque indicada por um superior hierárquico ou, ainda, a crer que a responsabilidade cabe ao superior, apesar da consciência da ilicitude de sua conduta. O efeito do papel assumido, finalmente, diz respeito ao comportamento assumido pelos indivíduos quando interiorizam o papel que lhes cabe desempenhar na estrutura do grupo ou em relação a uma situação, em virtude de um sistema de crenças compartilhadas, que pode levar à relativização, ainda que gradual e imperceptível, de valores de justiça e equidade e até mesmo à racionalização justificadora de condutas desviantes.<sup>19</sup> Se tais vieses cognitivos não forem levados em consideração, o processo de redefinição da cultura empresarial terá poucas chances de sucesso.

## 5 Finalidades dos programas de *compliance*

As finalidades dos programas de *compliance* confundem-se com os riscos jurídicos enfrentadas pelas empresas e compreendem, de modo geral, o *compliance* criminal, e, especificamente, o direito antitruste, as leis anticorrupção, a lavagem de dinheiro, o direito do trabalho, o direito de proteção de dados pessoais, o direito da proteção da propriedade intelectual, o direito tributário, o direito ambiental, bem como o direito do consumidor. A seguir são destacadas peculiaridades de algumas dessas áreas de risco.

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales em estruturas de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Org.). Estudos sobre *law enforcement, compliance* e Direito Penal. Lisboa: Almedina, 2018, p. 265-286.

## 5.1 *Compliance* criminal

O maior problema dos programas de *compliance* na área criminal, como acentuado por Teresa Quintela de Brito, talvez seja a tendência à “administrativização” da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, que parece transformar o delito em mera disfunção organizativa, em defeito ou descontrole da empresa, “como se as pessoas jurídicas estivessem apenas penalmente obrigadas a adotar meios de prevenir e evitar riscos jurídico-penais, numa perspectiva *ex ante*, mas não a proteger bens jurídico-penais, respondendo pela ofensa aos mesmos através da organização coletiva”.

A autora distingue “o cumprimento normativo destinado à prevenção de crimes, dos outros casos de autorregulação regulada pelo Estado cuja principal finalidade não é especificamente penal (v.g. prevenção de riscos laborais, proteção de dados, branqueamento de capitais e abuso de mercado), apesar de ambos se poderem relacionar”. No primeiro caso, “a vinculatividade interna e eventual relevância jurídica externa radica na norma penal incriminadora, não na auto-imposição de padrões de conduta imediatamente integrados *no e pelo* Direito Penal”. Por outro lado, o Direito Penal pode afetar áreas “em que intervém o Direito Administrativo impondo obrigações jurídicas de autorregulação, em ordem a alcançar os objetivos (não estrita nem principalmente penais) da norma estatal, definindo a estrutura da autorregulação e os elementos dos programas de *Compliance*”. Nesse caso, a vinculatividade interna e a relevância jurídica externa da autorregulação residem “na meta-regulação estatal da autorregulação das empresas. Mas, por força da subsidiariedade e do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, este não poderá exigir mais do que impõe o Direito Administrativo”.<sup>20</sup>

O outro grande problema é a tendência a transferir responsabilidade para os *compliance officers*, a despeito de os deveres de evitação do ilícito permanecerem com os administradores da empresa. O dever de garante continua a ser dos superiores hierárquicos, que têm por obrigação controlar as condutas de seus subordinados.

Há, por certo, como lembrado por Paulo César Busato, quem argumente que a transferência de responsabilidade é legítima, pois “atribui a responsabilidade pelo resultado a quem tem o controle direto sobre o risco realizado no resultado, a restar para o delegante-vigilante,

<sup>20</sup> QUINTELA DE BRITO, Teresa. *Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica, cit.

quando muito, uma participação por omissão". Ou seja, "ao implantar um sistema de *compliance* transfere-se ao *compliance officer* a responsabilidade em comissão por omissão pela evitação da violação do dever de cuidado pressuposto pelas normas em causa, e ainda, na condição do autor".

Contudo, como se viu, a tarefa de evitar o risco pertence aos administradores da empresa. Se aos responsáveis pelo programa cumprimento forem atribuídas competências decisórias, sua função seria desnaturada, pois passariam a ser gestores com atribuições cumuladas que pertencem aos administradores. Não há isenção de responsabilidade do *compliance officer*; se agir em cumplicidade com a administração, deve ser responsabilizado, mas não pode ser transformado em bode expiatório.

De todo modo, a simples criação de um sistema de conformidade não transfere automaticamente responsabilidades, já que os programas de *compliance* têm também por função gerar informações que permitam aos administradores avaliar os riscos e tomar medidas para sua contenção. Trata-se de medida de cautela, que pode ou não ser suficiente em situações concretas.<sup>21</sup>

## 5.2 *Compliance* antitruste

Não existem determinações expressas, no direito europeu, que imponham a criação de um programa de *compliance* antitruste, diferentemente do que ocorre na área de proteção de dados pessoais, na qual há inequívoco dever de manutenção de um encarregado da proteção de dados pessoais. Entretanto, em vista das drásticas sanções e da possível perda de reputação, trata-se de um preceito de boa governança. Já a cooperação com as investigações conduzidas sem aviso prévio (*dawn raids*) pelas autoridades antitruste europeia e alemã é decisiva para a fixação da pena, se constatada alguma infração, assim como a correção das informações prestadas.<sup>22</sup>

As políticas anticorrupção e antitruste divergem substancialmente no que se refere aos efeitos dos programas de *compliance*.<sup>23</sup> As autoridades

<sup>21</sup> BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*, cit.

<sup>22</sup> INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta; POPPE, Sina (Org.), *Compliance: Aufbau, Management, Risikobereiche*. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller (e-book), 2017, capítulo 4, parágrafos 6 e 78.

<sup>23</sup> V. MURPHY, Joe. Essential elements of compliance programs: cartels. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques. *Compliance e concorrência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 185: "Compliance programs matter to governments in fighting corruption. They do

da concorrência, de modo geral, recusam-se a considerar como atenuante a existência de programa de conformidade. Na Europa e nos Estados Unidos, considera-se que o principal benefício de tais programas é o fiel cumprimento da lei, evitando a prática de ilícito; se alguma irregularidade foi cometida, houve falha do programa de *compliance*. É bem verdade que as autoridades da França e do Reino Unido podem conceder uma redução máxima de 10% das multas em caso de adoção de medidas efetivas de *compliance*, e que essa redução pode chegar a 15% na Itália. Mas nos Estados Unidos, a divisão antitruste do Ministério da Justiça (DoJ) exclui a possibilidade de mitigar as penalidades aplicáveis em caso de infração à concorrência, ao entendimento de que, por definição, infrações dessa natureza remetem ao núcleo da atividade empresarial e têm elevado potencial ofensivo.

No Brasil, a nova lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011), assim como a revogada Lei nº 8.884/1994, não contempla expressamente os programas de conformidade. A extinta Secretaria de Direito Econômico chegou a editar norma específica a respeito, mas depois a revogou. É certo que o Guia de *Compliance* recentemente editado pelo CADE alude à possibilidade teórica de que um programa de *compliance* robusto possa ser considerado como evidência da boa-fé do infrator, o que poderia levar a uma redução da pena ou a uma redução da contribuição pecuniária, no caso de TCC. Mas o art. 45 da Lei da Concorrência, que trata da dosimetria das penas, não prevê expressamente os programas de conformidade, fazendo referência apenas à boa-fé, em caráter geral, o que torna improvável, na prática, que o agente público, atrelado à legalidade estrita, venha a conceder algum benefício ao infrator que demonstre ter ocorrido a infração a despeito da existência de sólido programa de conformidade. Não há, portanto, sinalização clara na legislação que incentive o agente econômico a adotar programa de prevenção e detecção de ilícito concorrencial.

### 5.3 *Compliance* anticorrupção

Em contraposição ao direito antitruste, nas mesmas jurisdições, é bem diversa a abordagem dos programas de *compliance* quando se trata das leis anticorrupção. Admite-se, em primeiro lugar, a possibilidade de não punir a empresa que tenha um programa de conformidade efetivo, até mesmo na hipótese de envolvimento de seus diretores. Além

---

not matter to governments in fighting cartels. In competition law enforcers have abandoned those of us who do this difficult and often thankless task”.

disso, mesmo que se entenda devida a punição, é possível mitigá-la se comprovada a adoção de um programa adequado.

A Lei Anticorrupção expressamente prevê a redução de multas por adoção de programas de integridade,<sup>24</sup> cujos parâmetros são definidos no Decreto nº 8.420/2015. A Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, nos três níveis da federação, determina que tais entidades adotem regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: a) práticas de controle interno; b) área de verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos e c) auditoria interna e comitê de auditoria estatutário (art. 9º). É obrigatório criar código de conduta e integridade que disponha sobre princípios e valores, instâncias internas de aplicação do código de conduta, canal de denúncias, mecanismos de proteção aos *whistle blowers*, sanções e treinamento (art. 9º, §1º). A área responsável pela verificação de cumprimento será vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário; se houver suspeita quanto ao diretor-presidente, a área de *compliance* poderá se reportar diretamente ao Conselho de Administração (art. 9º, §2º).

## 5.4 *Compliance* na proteção de dados pessoais

O novo regulamento europeu de dados pessoais, que deve entrar em vigor em maio de 2018, introduz uma cultura de *accountability*, que permite às empresas demonstrar sua observância das normas de proteção de dados pessoais e induz à adoção de programas de conformidade, em resposta à necessidade de proteger efetivamente os indivíduos em um universo em rápida mutação, com uma multiplicidade de atores, no qual a intervenção do juiz *ex post* perde relevância e funcionalidade. Para dar credibilidade a essa nova abordagem, o regulamento prevê sanções pecuniárias que podem chegar a 4% do faturamento mundial da empresa, ficando claro que a proteção de dados pessoais deve ser levada a sério pelos atores públicos e privados, a partir do cotidiano operacional das organizações.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Cf. art. 7º, VIII, da Lei nº 12.846/2013: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

<sup>25</sup> FALQUE-PIERROTIN, Isabelle. L’Europe des donnés ou l’individu au coeur d’un système de compliance. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (Org.). *Régulation, supervision, compliance*. Paris: Dalloz, 2017, p. 29-33.



Os programas de *compliance* são ainda mais relevantes no contexto da proteção da integridade e da veracidade das informações veiculadas pelas redes sociais. O problema dos discursos de ódio e das *fake news* tem sido crescentemente tratado na Europa por meio da autorregulação. A União Europeia celebrou compromisso com as principais empresas do setor, no sentido de lhes atribuir responsabilidade pelos conteúdos ilícitos por elas veiculados. Na Alemanha, entrou em vigor, no início de 2018, uma lei (*Netzdurchsetzungsgesetz* ou *NetzDG*) que vai um passo além, ao impor às redes sociais com mais de 2 milhões de usuários o dever de remoção de conteúdos ilícitos, tal como definidos em tipos penais expressamente listados. Após notificação do prejudicado, as empresas devem remover o conteúdo em 24 horas. Em casos difíceis, o prazo é ampliado para 7 dias.

Os provedores que recebam mais de 100 reclamações anuais sobre conteúdos ilícitos são obrigados a apresentar relatórios semestrais na publicação oficial (*Bundesanzeiger*) e em seu próprio *site*. Os relatórios devem conter, entre outras, informações acerca das ferramentas disponíveis para a investigação das reclamações e dos critérios de decisão para bloqueio ou apagamento dos conteúdos ilícitos, da organização, do pessoal disponível, bem como de sua competência técnica e linguística, treinamento e supervisão para o processamento das reclamações. (§2) O procedimento para processamento das reclamações deve ser efetivo e transparente (§3, 1). A direção das redes sociais deve supervisionar mensalmente o tratamento das reclamações (§3, 2).

O estabelecimento de uma regulação autorregulada será reconhecido, desde que (§3, 6): a) seja garantida a independência e a perícia de seus analistas; b) seja assegurada uma composição técnica e uma análise tempestiva no período de 7 dias; c) haja um código de procedimento que discipline o rito e a duração da análise, bem como os deveres de comunicação das redes sociais, e preveja a possibilidade de supervisão das decisões; d) seja instalado um centro de reclamações; e e) a entidade seja suportada por vários provedores de redes sociais ou instituições, que garantam composição técnica, bem como admita a entrada de outros provedores.

O novo sistema é criticado por supostamente atentar contra a liberdade de expressão e por constituir delegação inconstitucional de atividade típica do Estado a empresas. Mas é forçoso reconhecer que o Judiciário não está aparelhado para atender às demandas para remoção de conteúdo ilícito no tempo e na quantidade necessárias. O sistema da *NetzDG* valoriza a transparência e a controlabilidade das regras e dos procedimentos, por meio de auditorias periódicas e da autorregulação.

## 6 Considerações finais

Apesar das críticas, pode-se dizer que, além de incrementar a eficiência das políticas públicas, os programas de *compliance* tendem a aumentar a transparência e diminuir, ainda que indiretamente, o déficit democrático em algumas áreas nas quais a atuação do Estado é mais opaca. Vale lembrar, a propósito, a lição de Norberto Bobbio, que caracteriza a democracia como o governo do poder visível. Assim, a publicidade é um dos princípios fundamentais do Estado constitucional, pois permite oferecer à opinião pública visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade e, portanto, controlabilidade dos atos de quem detém o poder. Segundo ele, o problema da invisibilidade ou da opacidade do poder reaparece no estado pós-keynesiano com nova roupagem. Agora “a classe política exerce o poder não mais apenas através das formas tradicionais da lei”. É que “o governo da economia pertence em grande parte à esfera do poder invisível, na medida em que se subtrai (se não formalmente, ao menos substancialmente) ao controle democrático e ao controle jurisdicional”.<sup>26</sup>

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 53-69. ISBN 978-85-450-0564-3.

---

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. A democracia e o poder invisível. In: *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 83 ss.